

Do aviso-prévio no período de experiência (*)

O artigo 478 da C. L. T. — A opinião de ORLANDO GOMES — Contrato de prova e período de experiência — Natureza jurídica do aviso-prévio — não é indenização e, sim, salário — Seu cabimento no período de experiência

JOSÉ DE ALMEIDA
Advogado em Minas Gerais

O art. 478, parágrafo 1.º, da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que "o primeiro ano de duração do contrato de trabalho por prazo indeterminado é considerado como período de experiência, e, antes que se complete, nenhuma indenização será devida".

Este parágrafo, conforme as regras da hermenêutica, prende-se ao corpo do artigo, assim redigido:

Art. 478: A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de um mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a seis meses.

Interpretando esse artigo, ORLANDO GOMES comete, a nosso ver, dois erros fundamentais:

- a) equipara o nosso "período de experiência", instituído por lei, ao contrato de prova da legislação estrangeira;
- b) dá ao "aviso prévio" o caráter de "indenização" e, taxando os que pensam de maneira diferente de levianos, chega

(*) Este trabalho foi escrito em outubro de 1951. Pouco depois, em 26 de dezembro do mesmo ano, a Lei n.º 1.530 consagrava a tese que aqui defendemos.

à conclusão de não ser devido o aviso-prévio no período de experiência.

Nesse nosso ligeiro trabalho, vamos tentar mostrar a sem razão dos argumentos do Mestre e o absurdo de sua conclusão.

Começa o renomado professor por acentuar que da rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, sem justa causa, a lei faz derivar duas espécies ou modalidades de indenização: 1.ª) a que é devida pela rescisão injusta; 2.ª) a que é devida pela rescisão brusca. Ambas decorrem de transgressões legais: a primeira, do art. 477; a segunda, do art. 487. E, em ambos os casos, o direito do empregado seria apenas de receber uma indenização. Quanto à tese que vamos defender e que já foi esboçada rapidamente por OLIVEIRA VIANA quando o saudoso jurista se referiu ao aviso-prévio como salário, ORLANDO GOMES taxa-a de tendenciosa e mimosa com o qualificativo de "levianos" exegetas que a adotam, afirmando: "Admiti-la seria ignorar o que seja salário". Passaremos a expor e comentar os argumentos do professor baiano:

1 — O período de experiência não tem a mesma natureza jurídica que o contrato de prova, como o afirmou ORLANDO GOMES. Basta acentuar que o "período de experiência" estabelecido na Consolidação só exonera o empregador da "indenização por antiguidade", quando se dá a despedida injusta (art. 477). As outras obrigações do empregador prevalecem — como o pagamento das contribuições às instituições de previdência social, a obrigação de indenizar por acidente do trabalho, o cumprimento das disposições de proteção à maternidade, etc. Assim, o nosso "período de experiência" é uma originalidade do nosso direito, e não tem a mesma natureza jurídica do contrato de prova do direito estrangeiro. Não valem, pois, as eruditas citações de BORTOLOTTI, RIVA SANSEVERINO, DE LITALA, SANTORÒ PASSARELLI, GRECO, CALDERA, PREAU e outros, feitas pelo eminente professor baiano, eis que aqueles autores se referem ao contrato de prova existente no direito que comentam.

2 — O Aviso prévio não é indenização — ORLANDO GOMES quer que o parágrafo 1.º do art. 478 não se refere apenas à indenização que especifica no corpo do artigo, porque, então, teria dito "antes que se complete esta indenização não será devida", ou en-

ção, "a indenização acima prevista não será devida". E como o legislador disse "nenhuma indenização" conclui que se inclui, ali, a relativa ao "aviso prévio", já caracterizado por êle como "indenização". Este raciocínio nos levaria a negar a indenização por acidente do trabalho, o que seria um absurdo. Entretanto, entendendo o parágrafo como o entende o mestre baiano, o "nenhuma" exclui **tôdas**. E para que não se chegue até a êsse absurdo forçoso é admitir, como é claro, que o parágrafo se refere à indenização do corpo do artigo e de que trata o Capítulo V, da Consolidação.

Diz êle mais que o artigo 478 estatui que a indenização é de um mês por ano de serviço. Portanto, se se referisse àquela indenização a lei incidiria numa lamentável redundância, pois, "é lógico, claro, intuitivo e curial que não poderia haver indenização antes que o empregado completasse um ano de serviço, porque, então, não haveria meio de calculá-la, jamais se podendo determiná-la". E conclui paradoxalmente: "Nenhuma indenização, portanto, é, não somente esta, dita de antiguidade, mas também a que se origina da falta de aviso prévio". Ora, "se esta, dita de antiguidade" está incluída e se aquelas premissas fossem verdadeiras, persistiria, então, a "lamentável redundância". O professor se tirasse as consequências de seu argumento teria de sugerir uma modificação na lei. O parágrafo comentado deveria referir-se expressamente ao "aviso prévio". Entretanto, o Mestre se esqueceu que a redação do art. 478 refere-se **a ano e fração igual ou superior a seis meses**. E que, consequentemente, o parágrafo primeiro era necessário para evitar dúvidas sobre a dita indenização por antiguidade, no período de experiência, que é só da dita indenização que o Capítulo cuida.

Acrescenta ainda ORLANDO GOMES: "E tanto ambas são indenizações que quando o empregado é despedido com justa causa perde o direito a ambas. Seria ridículo dizer que perdeu o direito ao recebimento de salário"... Não vejo consistência nesse argumento. Afirmamos já, varias vezes, que a legislação do trabalho cons-
tante as garantias mínimas ao trabalhador, como a conceitua MÁRIO DE LA CUEVA. A lei, tratando da rescisão do contrato de trabalho, estabelece, no art. 482, 12 casos nos quais o empregador poderá rescindir o contrato. São as chamadas "faltas graves", que demonstram ser o empregado nocivo à empresa, prejudicial aos seus inte-

rêsses e aos da coletividade. Ora, constatado êsse fato, o empregado deve ser imediatamente afastado, por nocivo e prejudicial. O aviso prévio é a garantia do salário quando não há justa causa. E o aviso, é o prazo fixado para rescisão do contrato; quando não ocorra justa causa. Nesse prazo o contrato vigora e produz direitos. O empregador, como demonstraremos adiante, pode deixar de exigir trabalho, mas deve pagar o salário. Claro, pois, que o aviso prévio não seria possível no caso de "falta grave", apesar de não ser indenização ou justamente por não ser indenização. Porque "ridículo" perder direito ao salário? Se é a lei que o determina, por motivo de falta grave?

3 — O aviso prévio é salário — O professor baiano se detém na natureza comunicativa do salário, definindo-o como "contra-prestação do trabalho, ou do serviço efetivamente prestado", definição que, evidentemente, já foi superada pelo moderno Direito. E acrescenta: "Dizer, pois, que a falta de aviso prévio cria, para o empregado já despedido, o direito de receber salário é desconhecer o sentido específico que esta expressão possui em Direito do Trabalho, e subverter princípios elementares da técnica jurídica"... Concluindo: ORLANDO GOMES acha que a obrigação que incumbe a quem transgrediu o contido no art. 487 da Consolidação é "desenganadamente, uma obrigação de indenizar".

O que é aviso prévio? As melhores definições são as de ELÓI JOSE' DA ROCHA, HIROSE' PIMPÃO e JARBAS PEIXOTO, respectivamente:

"Aviso prévio é a notificação de uma das partes, no contrato de trabalho por prazo indeterminado, à outra, da cessação do mesmo contrato, ao fim de determinado prazo".

"Aviso prévio é o espaço de tempo fixado em lei que antecede à rescisão unilateral do contrato de trabalho por prazo indeterminado, quando não tenha ocorrido um motivo imperioso e durante o qual a parte avisada deve procurar estabelecer as condições normais de seus trabalhos, evitando assim as consequências da ruptura brusca dos vínculos contratuais".

"Conceituaremos o instituto do preaviso como sendo um conjunto de preceitos legais que devem ser obrigatoriamente obe-

decidos; antes que se consuma a **resilição injusta** do contrato de trabalho, ajustado por tempo indeterminado".

Explicando a sua definição ou o seu conceito, JARBAS PEIXOTO acrescenta: "O aviso prévio pode ser considerado como uma **cláusula imperativa** (grifo nosso) nos contratos de locação de serviços (**locatio operarum**), quando ocorre indeterminação do prazo de vigência dos mesmos. Os requisitos legais exigidos para que se configure a hipótese do preaviso podem ser assim resumidos:

- 1 — existência de contrato de trabalho, sem fixação de prazo para sua expiração, excetuados os casos de execução de serviços por obra certa (Werkvertrag);
- 2 — ausência de justa causa (art. 428 e suas alíneas da C. L. T.);
- 3 — não ocorrer a resilição indireta do contrato de trabalho (art. 483 e alíneas da C. L. T.).

Há, pois, legalmente, a obrigação de pré-avisar, e a lei, no parágrafo em que prevê a sua falta (1.º do art. 487) — diz que, êsse tempo se contará SEMPRE como de serviço, para todos os efeitos. Claro que, inclusive, para percepção de salário que é o efeito essencial, necessário, vital.

A argumentação de ORLANDO GOMES, além do mais, encontra uma dificuldade insuperável no problema das férias remuneradas e do repouso semanal remunerado. Não percebe o operário, nesses casos, salário, sem a contra-prestação por serviço efetivamente prestado? Não é uma prova de que a definição de salário do professor está superada? Aliás, a nosso ver, o parágrafo 1.º do artigo 487, como todo o Capítulo VI da Consolidação, vêm acentuar desenganadamente o caráter salarial do aviso prévio.

O contrato individual de trabalho só pode ser rescindido, sem justa causa, dando à parte que o queira rescindir aviso a outra de sua resolução, no prazo que a lei estabelece. Êste prazo é integrado, para todos os efeitos, no tempo de serviço do empregado. Aceitando a tese de ORLANDO GOMES, por exemplo, um mensalista, depois de trabalhar mais de 11 meses, mas menos de 1 ano, não teria direito a aviso-prévio. Entretanto, como o prazo de aviso prévio SEMPRE integra o tempo de serviço, êsse empregado adquirira, **ex-vi-legis**, inclusive o direito à indenização por antiguidade e as férias, pois a rescisão só se torna efetiva depois do prazo estipulado

como de aviso-prévio, mesmo não sendo êle dado. E' a sistemática da Consolidação, muito clara no Capítulo VI, como já acentuamos.

O que é salário? — Estudando a nossa legislação trabalhista o arguto professor PINTO ANTUNES define o salário como "o preço da subordinação". O eminente Mestre deduz sua definição de seu conceito de empresa. O operário se subordina ao empregador por um preço: o salário. A própria Consolidação, no seu artigo 4, considera "como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador"... A empresa é um exército do qual o empreendedor é o general, o chefe. Assume êle "o poder de dirigir o empregado mediante um pagamento. "Dá-se, pelo contrato, a convocação do operário para o serviço da empresa; engajado na atividade empresária passa a fazer jus ao soldo por essa integração na comunidade de trabalho". E já está entendido que, no contrato por prazo indeterminado, **ex vi legis**, êsse engajamento vigorará na falta de justa causa que justifique ou imponha a rescisão, inclusive durante o prazo fixado como de aviso prévio. O empregador pode dispensar o serviço do empregado, nessa e noutras circunstâncias, não lhe pode, entretanto, negar o salário. Êsse lhe é devido. Aceitando-se, pois a lapidária definição de PINTO ANTUNES não há como negar ao "aviso-prévio" a natureza de salário. Aceitamos, integralmente, a definição do professor PINTO ANTUNES. E, se o salário é o "preço da subordinação", e se o empregador resolve dispensar o trabalho naquele período que a lei considera de "tempo de serviço", mesmo quando houver aquela dispensa, claro que o salário é devido, pois o contrato de trabalho permanece, podendo até ser rescindido por justa causa (arts. 490 e 491).

Entretanto, mesmo se desconhecendo a nossa legislação trabalhista, nos detivéssemos na natureza comutativa do salário, definindo-o como "contra-prestação", ainda assim o aviso prévio seria, pelo menos, uma "garantia accessória do salário", isto é, salário. E por que? — Porque, no regime assalariado, em vigor um salário mínimo individual, ou o salário-fome, o salário tem base alimentar. O assalariado ganha hoje para comer amanhã, senão hoje mesmo. E o aviso-prévio, num regime de garantias mínimas, prevê, justamente, o mínimo que êle levará para conseguir outro emprego, prazo

no qual deve, nas condições legais, vigorar o seu contrato de trabalho, podendo o empregador, entretanto, pelo seu poder de comando, dispensar o seu trabalho e a própria subordinação, mas lhe garantindo o salário durante aquele prazo mínimo previsto para que êle consiga outro emprego.

4 — O aviso-prévio é devido no período de experiência — Concluiremos, pois, por afirmar que, na sistemática de nossa legislação trabalhista, o aviso prévio é devido no período de experiência, porque:

a) O aviso prévio é salário. Tendo o salário, no estado atual, natureza alimentar, a lei prevê um tempo mínimo para que o operário, dispensado sem justa causa, consiga outro emprego, sem cair num desesperado desequilíbrio econômico. Êsse prazo é o estipulado para aviso prévio, no qual o salário lhe é devido, mesmo quando se lhe dispensa o serviço, ou mesmo quando, transgredindo a lei, se efetivou a despedida sem o aviso;

b) Além disso, deve-se acentuar que nem o nosso "período de experiência" se equipara ao "contrato de prova" do direito estrangeiro, nem o salário é, na nossa legislação, "contra-prestação de serviço efetivamente prestado", como se torna claro no pagamento das férias e do repouso semanal remunerado;

c) O aviso-prévio não é uma indenização. Mesmo se o fosse, porém, seria devida, pois que o parágrafo 1.º do art. 478 se refere à indenização "por antiguidade", especificada no corpo do citado artigo, como já demonstramos. O eminente professor baiano é quem quis aproveitar-se da imprecisão de linguagem do parágrafo, e sobre o "nenhuma" construiu uma muralha de argumentos, desprezando o fato de o aviso prévio ter natureza jurídica distinta e ser tratado em outro Capítulo da Consolidação.